



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC
Faculdade de Direito

Vera Lúcia Lopes de Oliveira Pernisa

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.1641,II DO CÓDIGO
CIVIL DE 2002**

JUIZ DE FORA
2008

DI 054
MO 00054



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC
Faculdade de Direito

Vera Lúcia Lopes de Oliveira Pernisa

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.1641,II DO CÓDIGO
CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Presidente
Antonio Carlos – UNIPAC como
requisito para obtenção do
bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Vargas

JUIZ DE FORA
2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

VERA LÚCIA LOPES DE OLIVEIRA PEREIRA

Aluno

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO
CÓDIGO CIVIL DE 2002

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Fábio de Oliveira Vargas

Laura R. Vieira

Luciana Marcel Braga

Aprovada em 21 / 11 / 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu amado marido Carlos Pernisa, por seu olhar de incredulidade e incapacidade, quando fomos nos casar e não pudemos escolher o regime de bens, por ele contar então com 63 anos. À ele, todo o meu amor, respeito e admiração.

AGRADECIMENTO

*Ao estimado professor Fábio Vargas,
por seu carinho e dedicação como mestre e, por
sua alma despida de qualquer vaidade
profissional, não obstante ter um grande
conhecimento do direito. Meu agradecimento e
apreço eternos.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
 1. DA INCONSTITUCIONALIDADE	
1.1. Prefácio.....	9
1.2. Dos Princípios que regem a Constituição.....	10
1.2.1. Princípio da Supremacia	10
1.2.2. Princípio da igualdade	10
1.2.3. Princípio da liberdade.....	11
1.3. Da inconstitucionalidade material do art. 1641, II do Código Civil de 2002	11
 2. DA CONDIÇÃO ATUAL DOS MAIORES DE 60 ANOS.....	
2.1. Da condição físico-psíquica	13
2.2. Da condição atual dos maiores de 60 anos	15
2.3. Do regime obrigatório de separação de bens para casamento de maiores de 60 anos...	16
 3. OS EFEITOS DA BOA-FÉ E O CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO.....	
3. OS EFEITOS DA BOA-FÉ E O CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO.....	19
4. Conclusão	21
 Referências Bibliográficas	
Referências Bibliográficas	22

INTRODUÇÃO

Em sociedades marcadas pelo materialismo, nada importa além da necessidade de resguardar o patrimônio. Assim era a nossa sociedade nos idos de 1916. Neste ano foi elaborado o Código Civil que estabelecia o regime obrigatório de separação de bens para homens maiores de 60 anos e para mulheres maiores de 50 anos, ao contrair matrimônio. Esta lei de cunho evidentemente protecionista do patrimônio, em quase nada foi modificada em 2002, com o advento do Novo Código Civil. Este trouxe apenas a mudança da idade limite da mulher, que passou de 50 para 60 anos. Embora o legislador tenha se dedicado a promover a igualdade entre os sexos, não se furtou a intentar contra a dignidade e a liberdade inerentes ao ser humano.

Ainda que pese que nos idos de 1916 a expectativa de vida era bem menor que a atual, nada justifica que o legislador não tenha acompanhado a evolução dos tempos. A ciência, a medicina e o próprio padrão comportamental da sociedade, mudaram e evoluíram. O que ontem era certo e eterno, hoje é imprevisível e inconstante. Essa é hoje a nossa realidade, donde se conclui que o nosso sistema jurídico deve acompanhar as mudanças, para não correr o risco de se tornar obsoleto, trazendo conseqüências até irreparáveis para o ser humano e sua vida em sociedade.

A imposição do regime de separação de bens para maiores de 60 anos, agride frontalmente o princípio da liberdade humana, além de ser discriminatória. As pessoas que hoje contam com 60 anos são totalmente capazes, produtivas, com energia e disposição para viver. São pessoas que trabalham e participam ativamente da vida em sociedade. Não carregam mais consigo aquela idéia de avós de cabelo branco, assentados, esperando a morte chegar. Arriscaríamos a dizer que estão bem mais preparadas que os mais jovens para recomeçar, devido à experiência adquirida com o passar dos anos e a disposição que ainda lhes resta para viver.

O presente trabalho se propõe a demonstrar a inconstitucionalidade material do Art. 1641, II do Novo Código Civil, que impõe o regime de separação de bens em casamento de maiores de 60 anos, sem levar em conta que com a evolução da medicina e a mudança nos padrões da sociedade, hoje o ser humano aos 60 anos é capaz de fazer suas escolhas e é livre para (re)fazer sua vida da maneira que melhor lhe aprouver.

O advento do divórcio e do estatuto do idoso não mais permitem essa discriminação vexatória, que mais pretende preservar o patrimônio do que a dignidade do ser humano.

No capítulo 1, será abordada a inconstitucionalidade e os princípios constitucionais.

No capítulo 2, o foco será a condição atual dos sexagenários, seja do ponto de vista físico, como também o psíquico.

No capítulo 3, abordaremos os efeitos da boa-fé e o casamento do sexagenário.

Abordaremos, portanto, os fatos e as razões que desabonam o referido artigo, na intenção de que essa discussão se torne bastante ampla, capaz de reverter esta situação inaceitável.

CAPÍTULO 1. DA INCONSTITUCIONALIDADE

1.1. Prefácio

Para explicar como o dispositivo 1641,II do Código Civil de 2002, ora repudiado, causa perplexidade e revolta, é necessário se entender alguns preceitos do Direito de Família, presentes no próprio Código Civil Brasileiro.

A legislação relativa ao tema distingue o ramo do Direito de Família em dois títulos principais, que tratam, tanto das questões pessoais, relativas ao vínculo afetivo em si, quanto das implicações patrimoniais decorrentes desse vínculo.

Assim, dispõe o art. 1.511 do Código Civil de 2002:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Além disso, o art. 1.513 expressamente determina:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

No que diz respeito ao aspecto patrimonial, quando as normas vão tratar especificamente dos regimes de bens, estabelece o art. 1.639:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Entretanto, sem nenhum motivo capaz de explicar a contradição, a lei proíbe essa escolha às pessoas que se casam após os sessenta anos, impondo às mesmas a adoção do regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.641, II do Código Civil de 2002:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento II - da pessoa maior de sessenta anos;

Ora, o dispositivo legal, objeto de repúdio e revolta, parece acreditar que as pessoas maiores de sessenta anos não têm o devido discernimento para dispor sobre os seus bens, e numa falsa tentativa de proteger o patrimônio do idoso e da própria família, cria a maior das injustiças.

1.2. Dos princípios que regem a Constituição

Os princípios consagrados pela Constituição, por exprimirem os valores fundamentais de nossa sociedade, constituem-se nos mais valiosos instrumentos jurídicos a serem utilizados na construção de uma justiça. Os princípios constitucionais são como estandartes que devem ser observados não por assegurarem situações consideradas desejáveis, mas por serem uma exigência da justiça.

Segundo Silva (2005, p. 211), em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo.

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema. (SILVA, 2005 p. 211)

1.2.1 Princípio da Supremacia

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina, constitui conduta inconstitucional.

1.2.2 Princípio da igualdade

Dispõe o art. 5.º, *caput*, da CF/88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Este princípio significa para o legislador que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a tratá-las na proporção de suas diversidades.

Nesse sentido, ensina-nos Canotilho que “existe observância da igualdade, quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente tratados como desiguais”. Ele afirma:

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio: ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por iguais situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas (...). (CANOTILHO)

1.2.3 Princípio da liberdade

As formas da liberdade podem ser distinguidas em cinco grandes grupos:

- I – liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- II – liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- III – liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- IV – liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);
- V- liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho).

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

A liberdade deve ser entendida muito além da idéia de se poder fazer tudo aquilo que as leis permitem. A liberdade deve ser encarada como a necessidade de possibilidade de se buscar a realização pessoal. Tudo que impedir a possibilidade de coordenação dos meios para a busca da realização pessoal, é contrário ao princípio da liberdade.

1.3 Da inconstitucionalidade material do art. 1641, II do Código Civil de 2002

A **inconstitucionalidade formal** é aquela que viola as normas constitucionais referentes ao processo legislativo ou, no caso de atos normativos, referentes ao processo de emissão válida e aquisição de eficácia de tais atos. A inconstitucionalidade formal é, por exemplo, a que desobedece normas estabelecidas de iniciativa legislativa, competência, quoruns, maiorias parlamentares exigidas para determinadas deliberações, etc.

A **inconstitucionalidade material** é aquela que afronta o conteúdo de comandos constitucionais, que não observa os princípios constitucionais em sua elaboração.

Ocorre inconstitucionalidade formal quando a norma, em sua elaboração, não cumpre qualquer das exigências contidas no processo indicado pelo texto constitucional (como vício de iniciativa ou de formação, ausência de quorum especial etc.). Está presente a inconstitucionalidade material quando o conteúdo da norma se choca com disposições ou

princípios estabelecidos na Constituição (como exceções não previstas, prazos diferenciados etc.).

A inconstitucionalidade material do art. 1641, II do Código Civil de 2002, reside na inobservância dos princípios da liberdade e da igualdade, ao mesmo tempo que fere o princípio da supremacia. Estes princípios são comandos que devem ser respeitados, e, quando existe essa lei que limita a idade do ser humano para contrair o matrimônio da forma como lhe convém, existe a afronta direta e inequívoca à constituição, pois aí reside o cerceamento à liberdade, à igualdade, aí reside discriminação, ferindo dessa forma, a dignidade humana.

Conforme brilhantemente explana Rolf Madaleno em sua obra “Direito de Família e o Novo Código Civil”, à pág. 191, estabelecer o regime compulsório de separação de bens aos maiores de 60 anos é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional:

Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou idade, como se fossem causas de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.

CAPÍTULO 2. DA CONDIÇÃO ATUAL DOS MAIORES DE 60 ANOS

2.1. Da condição físico-psíquica

Para dar embasamento científico ao nosso trabalho, buscamos a opinião de pessoas qualificadas sobre o assunto. Perguntamos a elas sua opinião a respeito do tema dentro de sua área específica, com fundamento em suas experiências profissionais.

A cardiologista Dra Lílian Camarota, formada pela Universidade Federal de Juiz de Fora, explanou:

Hoje em dia, pessoas que eram consideradas velhas, aposentadas, sem condições físicas e mentais de continuarem a exercer sua profissão, sua atividade física, são pessoas ativas, que continuam trabalhando, sustentando não só a sua família, mas até netos, bisnetos. Idosos hoje, são pessoas que não vivem na ignorância, pois tudo ao redor é feito de informações. Eles freqüentam academias de ginástica, trabalham. Não são pessoas inúteis, esperando a morte chegar. A vida pode começar sim, aos 60 anos. As pessoas tendem a querer estudar mais, sendo assim é uma tendência mundial casar-se mais tarde. Um sexagenário, como qualquer outra pessoa é capaz e pode fazer o que quiser. Não é só porque não é mais jovem que isso não pode acontecer. Doença degenerativa começa antes dos 60 anos. Não deve existir regra para ser feliz.

Sobre o assunto, o Clínico Geral e Geriatra, Dr Antônio Fernandes de Oliveira – CRMMG 11023, formado pela Universidade Federal de Juiz de Fora em 1978, opina:

“A qualidade de vida dos sexagenários vêm a cada dia se tornando mais produtiva, segundo a OMS. A longevidade da população mundial vem aumentando vertiginosamente graças às ações de promoção à saúde mental e física que vem sendo desenvolvidos pelas autoridades de saúde em todo o mundo. Programas de prevenção das doenças degenerativas que são decorrentes do envelhecimento precoce, restabelecendo a resistência geral do organismo. Aliado à essas ações preventivas, também são desenvolvidas ações no campo da saúde mental, onde os indivíduos que ultrapassam a meia idade tem programas de controle emocional, controle do stress, que são verdadeira malhação do cérebro, mantendo-o sempre em atividade.. Programas culturais e sociais, atividades físicas, fazem com que o indivíduo se integre de forma completa na sociedade, evitando assim a ociosidade, que é tão maléfica para o cérebro. Estes programas vem diminuindo substancialmente o caráter evolutivo do cérebro, colaborando de forma decisiva para manter sua capacidade de memória, concentração e raciocínio, levando-o ao equilíbrio emocional de forma saudável. O que possibilita ainda a estes indivíduos estar em condições de competir no mercado de trabalho, tendo inclusive a

preferência de muitas empresas, que optam por eles devido à experiência e sabedoria adquiridos ao longo da vida.

Por fim, existem ainda substâncias farmacológicas desenvolvidas pelas indústrias farmacêuticas, que agem diretamente no controle das manifestações de caráter involutivo, que começam a se tornar notórios na idade adulta e na meia idade, substâncias estas que agem contribuindo para o restabelecimento das funções físico-psíquicas, combatendo o envelhecimento precoce das células, proporcionando assim, uma vida mais saudável para estes indivíduos.

Diante do exposto, concluímos que os indivíduos dos tempos atuais, estão perfeitamente incluídos no contexto social e com condições de competir no mercado de trabalho, fazer escolhas e levar uma vida como qualquer outro, sendo totalmente capaz de gerir suas vidas, com eficiência e responsabilidade.”

A psicóloga e especialista em sexologia humana, Elisângela Pereira da Silva - CRP 04/17.475, Bacharel em Psicologia pela UFJF, Especialista em Sexualidade Humana pela Universidade Estácio de Sá do RJ, Especialista em Terapia Familiar e Terapia de Casal pelo Instituto de Terapia Familiar/MG, relata:

“Acredito que, do ponto de vista psicológico, uma pessoa que já tenha atingido a faixa etária de 60 anos, comporte ainda, todas as possibilidades de continuar gerindo e fazendo as escolhas de sua vida, como, provavelmente o fizera até este momento.

É claro que, há casos, em que pessoas perdem parcial ou totalmente a capacidade de raciocínio, em virtude de problemas que atingem a mente e conseqüentemente retiram do sujeito, de forma bastante cruel, o elemento que é realmente relevante quando levantamos esta questão: a razão. O sujeito, de forma gradual, vai perdendo a capacidade de racionalizar, de pensar...assim torna-se incapaz de, ao fazer uma escolha, visualizar a as conseqüências futuras da mesma. Nestes casos, acredito que a família deva eleger um responsável legal que deverá avaliar situações e problemas, fazer escolhas e criar soluções e, obviamente, responder pelas mesmas.

Todavia, acredito que tal medida só deva ser tomada em casos onde fique comprovada a incapacidade mental do indivíduo. Penso que a lei na qual se baseiam familiares, advogados e juízes e para retirar do sujeito a capacidade de auto gerir-se, seja uma lei, no mínimo arcaica, e que talvez, há muito já devesse ser reavaliada por nossos legisladores. Há 50 anos atrás, a expectativa de vida do brasileiro era completamente diferente de nossa expectativa atual que é de 72 anos em média, sabendo-se da existência de pessoas que atingem os 90 anos ou mais em perfeita sanidade mental. É simplesmente assustador que tais legisladores não

considerem que tantos investimentos em saúde como: descoberta de novos medicamentos, saneamento básico, pesquisas em todas as áreas da medicina, nutrição, psicologia, educação física entre outros, contribuíram para gerar indivíduos mais resistentes física e mentalmente. Assim, arrancar de um indivíduo a possibilidade e continuar a ser o "dono do seu nariz", considerando-se que este tenha todas as condições mentais para fazê-lo, para mim, é no mínimo cruel (assim como ocorre quando acometido de doença). A diferença é que no caso da doença o sujeito perde a consciência, assim, já não importa mais o que será feito do seu dinheiro, da sua casa, do seu carro... se ele mora com o filho, com a nora, ou que ainda deixam que ele more na casa que, às vezes com muito sacrifício ele construiu...ele não sabe!... está alheio a tudo, literalmente alienado, a mercê de qualquer um e com muita sorte viverá o restante de sua vida com dignidade, caso sua família resolva lhe proporcionar isto. Já no caso onde o sujeito é interditado mas mantém viva suas faculdades mentais, a sensação de impotência perante tal situação pode ser tão grande que, pode sim, gerar vários transtornos, inclusive psicológicos e até mentais porque neste caso o sujeito sabe, ele está onisciente e consciente em relação a tudo que está ocorrendo a sua volta, ele se decepciona com os filhos, ele sofre por não querer acreditar que alguém tão próximo a ele pudesse ser autor de tal traição. E a família ou quem quer que seja que tente utilizar-se da lei ainda vigente, tentando criar justificativas para tal atitude, mantém-se firme em seu propósito, sem pensar ou sem se importar com o sofrimento do outro, na maioria das vezes, por medo de perder algo que não ajudou a construir. Isto, para mim, é no mínimo, injusto. O maior de 60 anos, ao meu ver, pode sim, em seu estado normal, fazer a escolha do regime de bens de seu casamento.

Assim, perante o exposto, reafirmo que acredito que uma pessoa com mais de sessenta anos, só possa perder direito de gerir sua vida caso seja comprovado através de exames e laudos médicos e psicológicos, que a mesma tenha perdido total ou parcialmente a mais importante faculdade que o ser humano possui, aquela que nos classifica e nos insere em um grupo especial do reino animal: o pensar.

2.2. Da condição atual dos maiores de 60 anos

Buscamos artigos pertinentes ao assunto na internet e tivemos a grata surpresa de ver quão o assunto é hoje discutido de forma ampla e divulgada, conforme o que extraímos da internet, no site Portal do Envelhecimento, escrito por Anaí Rodrigues, sob o título: "Fixação do regime de bens no casamento de maiores de 60 anos gera polêmica":

Para o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil, se o idoso for plenamente capaz, deve sê-lo para a prática de todos os atos da vida civil, inclusive para dispor sobre as consequências patrimoniais do casamento. Ele lembra que, tratando-se de fato de uma situação em que o idoso deva ser declarado incapaz, existe proteção legal prevista para isso: a interdição. Assim, não há razão para essa obrigatoriedade, resultante de uma inconsistente presunção de incapacidade – que se torna, para esse fim, absoluta.

Com o mesmo pensamento, encontramos no site Revista Jurídica, sob o título: “Regime de casamento: Projeto: Pessoas com mais de 60 anos poderão escolher regime de bens no casamento”:

Longe disso, tais pessoas aportariam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice chega aos sessenta anos seria, assim, uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade pode ser argüida tanto em ação direta de inconstitucionalidade como em cada caso concreto - afirmou Maranhão.

Para o autor da matéria, a plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso particular, não podendo a lei presumi-la “por capricho do legislador, que meramente reproduziu razões de política legislativa fundadas no Brasil no início do século passado”.

Entre as pessoas que ultrapassam os 60 anos de idade e que na vida prática demonstram “alto discernimento”, observou o senador, estão muitos juízes e desembargadores que julgarão causas que envolvem, direta ou indiretamente, o inciso do Código Civil em questão.

Por esse motivo, o senador alega que não se pode supor, em princípio, na legislação, que uma pessoa, por ter atingido determinada idade, seja ela qual for, tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida, pois tal atitude “implica incorrer em patente discriminação”.

2.3. Do regime obrigatório de separação de bens para casamento de maiores de 60 anos

A questão do casamento, ao que nos parece, deixou de ter o cunho de união para a formação de um lar, para a realização pessoal para, em nosso Código Civil, ter uma denotação eminentemente patrimonialista. Onde o que se deve procurar é a proteção do ente familiar, para que exista a segurança na educação, na saúde, moradia e convívio social, tornou-se numa ávida tentativa de proteção do patrimônio. Parece que o casamento já nasce fadado ao fracasso e que, maiores de 60 anos não podem (re)começar, não têm condição físico-psíquica de viver e conviver em harmonia com a sociedade, sem correrem o risco de serem usurpados

ou ludibriados. A escolha do regime de bens no casamento deve ser ampliada para todos aqueles em condições de contrair o matrimônio.

O grande mestre Silvio de Salvo Venosa, em sua obra *Direito civil: Direito de família*, à pág. 353 leciona:

A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos.

À pág.358, ele ensina:

O melhor regime, o que mais atende às situações sociais, não somente nessa hipótese de imposição legal, mas também nas demais, é o da comunhão parcial. É curial justiça que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica em um casamento estável, perdurado por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens.

Ainda na mesma obra à pág.359, diz:

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando mais não se consorciavam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos. Silvio Rodrigues (1999:165) posiciona-se francamente contra a disposição, sustentando, com razão, que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual. Dizia com base no antigo diploma: "Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

O jurista Paulo Nader, em sua obra *Curso de Direito Civil*, v5: *Direito de família*, à pág. 509, brilhantemente lembra:

Embora a separação dos patrimônios, os deveres conjugais em nada são afetados. Destarte, neste regime, como em qualquer outro, são devidos: a) mútua fidelidade; b) vida em comum, no domicílio conjugal; c) mútua assistência; d) sustento, guarda e educação dos filhos; e) respeito e consideração mútuos.

No site Jus Navigandi, o artigo "Da inconstitucionalidade material do art. 1641,II do Código Civil", escrito por Paloma Braga Araujo de Souza, traz uma observação muito interessante sobre o assunto:

A imposição do regime de separação obrigatória de bens ao maior de sessenta anos revela-se completamente equivocada pois parte de premissas falsas. A primeira delas é a de que o novo casamento se dará entre pessoas de idade muito diversas e por um provável interesse econômico. A segunda é a de que na constância desse casamento não haverá esforço comum para aquisição/preservação do patrimônio do casal. A presença desse dispositivo

no Código Civil pátrio alça o idoso à condição de incapaz, violando, assim, a isonomia, a dignidade humana e a autonomia da vontade.

CAPÍTULO 3. OS EFEITOS DA BOA-FÉ E O CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO

Inserido no contexto do princípio da liberdade, está a livre contratação. O próprio Código Civil de 2002 privilegia a boa-fé nos contratos. Não seria o ato de assinatura do casamento um acordo contratual? Ao se casarem, as pessoas estão se propondo a uma troca, uma cooperação no que tange à preservação matrimonial. O casamento pressupõe colaboração mútua na manutenção do lar, na criação e na educação dos filhos, na fidelidade e respeito, na própria intimidade conjugal. É como celebrar um contrato de ajuda mútua na construção da felicidade e, porque não, patrimonial. Mesmo quando um dos cônjuges não trabalha fora está auxiliando o outro na construção do patrimônio, pois enquanto um se ocupa dos afazeres externos, o outro se ocupa dos afazeres domésticos. Ora, quando uma pessoa maior de 60 anos se casa ela não assume os mesmos compromissos? Não estará ela celebrando o mesmo tipo de contrato? Então o porquê da discriminação?

Podemos ainda invocar o art. 426 do Código Civil de 2002 que dispõe:

“Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Está claro nesse dispositivo que o direito de herança só existe após a abertura da sucessão. Acreditamos que a intenção de preservação do patrimônio dos maiores de 60 anos se mistura à intenção de proteção da possível herança. Então para que serviria trabalhar uma vida, para depois dos 60 anos não poder dispor e usufruir do que se conquistou como melhor lhe aprouver?

Felizmente já existe em andamento o projeto de lei 00209/2006, de autoria do senador José Maranhão, com o intuito de revogar o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir às pessoas maiores de sessenta anos a livre decisão sobre o regime de bens no casamento. É um começo. Consideramos não ser essa a solução. Toda limitação é um cerceamento de liberdade. Existem, é claro, as limitações necessárias à boa convivência em sociedade.

Ademais, pessoas que necessitem de maiores cuidados, ou seja, que não estejam em condições físico-psíquicas ditas “normais”, podem ser interditadas por seus familiares, conforme dispõe o art. 1767, I do Código Civil de 2002:

“Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;”

E, ainda no art. 1768 do mesmo diploma:

“A interdição deve ser promovida:

- I – pelos pais ou tutores;
- II – pelo cônjuge ou qualquer parente;
- III- pelo Ministério público.”

Estas pessoas, após avaliação criteriosa de especialistas, é que poderiam ser impedidas de escolher o regime de bens em seu casamento. Aí resta, mais uma vez, comprovada a inconstitucionalidade do art.1641,II do Código Civil de 2002.

A questão da limitação de idade para a escolha do regime de bens no casamento é muito complexa, e não envolve apenas os maiores de 60 anos. Porém, no idoso envolve a capacidade física e mental e também seu patrimônio. O que não podemos olvidar é que o avanço da ciência e da medicina não foi acompanhado, pelo menos de perto, por nosso ordenamento.

CONCLUSÃO

Além da pouca longevidade da época, a sociedade do início do século XX era profundamente influenciada pela Igreja Católica. Além de dominar o credo, a Igreja carregava consigo uma extrema proteção do patrimônio, que era difundido de várias formas. Não é de se assustar então, que este domínio tenha influenciado a legislação vigente à época. Num período onde não havia ainda o divórcio, só se pensava em novo casamento entre viúvos. Estes, na grande maioria das vezes, senis para a época. E senilidade era sinônimo de velhice, no sentido mais abjeto da palavra.

Hoje, em pleno século XXI, com o advento do avanço da ciência e da medicina, a expectativa de vida aumentou, em muito. Não se pode supor nos dias atuais que uma pessoa de 60 anos seja incapaz. Incapaz para fazer escolhas, de criar novos laços afetivos, de conviver em perfeita sintonia com a sociedade e sua evolução. Qual a razão para a ambigüidade que existe em não poder escolher o regime de bens num casamento, mas poder (e dever) votar, pagar impostos e além disso, poder ser líder de governo, trabalhar, comercializar e outras tantas coisas comuns na vida civil? Não residiria aqui um interesse dúbio?

A inconstitucionalidade material do art. 1641, II do Código Civil de 2002 foi demonstrada à sociedade. Não podemos permitir que essas verdadeiras aberrações insistam em permanecer em nosso ordenamento. Nosso diploma civil abriga vários regimes de bens para casamentos, entre eles o da Comunhão Parcial de Bens, que é de longe e sem sombra de dúvidas, o mais justo e sensato deles.

O casamento almeja um recomeçar, o prefácio de uma nova história. Se, ao começar, encontra obstáculos errôneos e discriminatórios, têm-se a nítida sensação de coisa errada, de projeto fadado ao fracasso.

Questionamentos seriam infundáveis e muitas as premissas a serem invocadas, para a solução desse e de outros tantos problemas. No entanto, os operadores do direito devem e precisam lutar com garra contra as dissonâncias em nosso ordenamento e em nossa sociedade. A paixão pelo que é certo, pelo que é justo, o que é igualitário deve correr em nossas veias. Essa é a missão dos juristas. Isso é o que espera e merece nossa sociedade. Sociedade essa que não pode ficar vulnerável e à mercê da vontade e dos interesses de nossos legisladores, muitas das vezes despreparados cultural e emocionalmente para atender ao fim a que se destinam, que é conceber ditames para a perfeita interação dos homens em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Livraria Almederia, 1999.
- 2 - **SILVA**, JOSÉ AFONSO DA. "Curso de direito constitucional positivo", Malheiros Editores, 1994.
- 3 - **NADER**, PAULO. "Curso de direito civil- Direito de família", Editora Forense, 2006.
- 4 - **VENOSA**, SÍLVIO DE SALVO. "Direito de família", Editora Atlas, 2005.
- 5 - **MADALENO**, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges - Direito de Família e o Novo Código Civil". Editora Del Rey, 2005.
- 6 - www.portaldoenvelhecimento.com
- 7 - www.revistajurídica.com.br
- 8 - www.jusnavigandi.com.br
- 9 - Código Civil de 2002 – Lei nº10.406/02
- 10 - Constituição Federal de 1988